



CONTROLE DE MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE DOS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE DO AGENTE PÚBLICO EM RELAÇÃO AOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

André Marinho Medeiros Soares de Sousa¹

Maria Eduarda Monte Nunes Araújo²

RESUMO

O artigo busca esclarecer a noção de ato administrativo e discutir sobre as peculiaridades do ato discricionário e o seu mérito. Trata-se, a partir do estudo legislativo, constitucional, jurisprudencial e doutrinário, da possibilidade de contenção do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário. Discute-se qual o limite da discricionariedade destinada ao agente público. Dessa forma, chega-se à conclusão que o controle jurisdicional é necessário sempre que os princípios que regem os atos forem desconsiderados por atos praticados com o limite da discricionariedade superado.

Palavras-chave: Ato administrativo. Controle jurisdicional. Mérito dos atos discricionários. Discricionariedade do agente público. Princípios do direito administrativo.

¹ Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Advogado.

² Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

A partir de uma análise dos temas que versam sobre o Direito Administrativo e que são causa, ainda, de muitos debates e contradições pela doutrina brasileira, notou-se que o controle jurisdicional de atos discricionários e uma análise dos limites da discricionariedade do agente público em relação ao mérito dos atos da Administração seriam temas adequados a uma nova discussão, por serem assuntos polêmicos e bastante atuais.

Dessa forma, o presente artigo tem a finalidade de tratar sobre tema que rege tanto o Direito na constância atual do ordenamento jurídico, como também é influenciador da Administração Pública devido a esta ter a necessidade de agir sempre de acordo com os preceitos estabelecidos e seguindo os princípios constitucionais e infraconstitucionais que serão explicitados ao longo do texto.

No decorrer do artigo, buscar-se-á analisar a discricionariedade e mérito do ato administrativo por meio do método dedutivo, visto que se parte da análise geral dos atos administrativos, em todas as suas classificações, até a especificação dos atos administrativos discricionários e as suas peculiaridades. Além disso, será utilizado o método bibliográfico no decorrer do presente artigo, uma vez que se tentará desenvolver e elucidar uma problemática com base em obras e livros que versem sobre as matérias tratadas.

Iniciará então, no segundo capítulo, a tentativa de se formar uma base concreta para que fosse possível um correto entendimento do assunto no final do texto. Serão tratados os aspectos e pressupostos dos atos administrativos, sua função e a do agente administrativo, assim como a competência para a prática de tais atos, abordando-se, também, o conceito de ato administrativo.

No capítulo seguinte, esmiuçar-se-á a matéria que trata especificamente sobre os atos administrativos discricionários e a discricionariedade de seu mérito, com o objetivo de que, ao final da explanação, estejam caracterizadas todas as peculiaridades desse tipo tão importante de ato administrativo. Nesse ponto do trabalho é que começará a ser delimitado o seu objetivo final, pois restará demonstrado os limites que a discricionariedade administrativa possui.

No capítulo quatro, o tema abordado versará sobre os princípios norteadores dos atos administrativos, constitucionais e infraconstitucionais, que de alguma forma influenciem no modo de existência e na forma que devem ser praticados os atos discricionários pela Administração.

No último capítulo do artigo, será tratado, de acordo com os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, o tema do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, inclusive aquelas decisões que tratem como irregular o seu mérito.

É válido ressaltar que se buscou tratar a matéria com consideração e profundidade, procurando fundamentações concisas e de doutrinas de destaque, para justificar o entendimento final do artigo. Por esse motivo é que foram utilizados ao longo do texto, como parâmetro de análise, a legislação vigente do país, juntamente aos já mencionados entendimentos doutrinários e as jurisprudências dos tribunais pátrios.

2 ATOS ADMINISTRATIVOS: PANORAMA GERAL

O direito administrativo brasileiro é ramo do direito público, sendo constituído de uma congregação de princípios e regras próprias, que sofreram diversas influências, principalmente do direito francês, alemão, italiano e do sistema de base romanística e da *common law* (DI PIETRO, 2014, p. 04-23).

Logo, para que se possa entender de forma tangível a função administrativa da Administração Pública e o modo como o interesse público é concretizado, faz-se imprescindível, antes de tudo, compreender e se aprofundar na matéria dos atos administrativos, uma vez que estes são manifestações diretas da Administração.

Destarte, passa o capítulo em curso a explanar sobre a matéria, definindo seus conceitos, elementos, pressupostos e classificações para então, mais adiante, iniciar o estudo sobre o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário e entender as suas possibilidades de fiscalização e contenção.

Assim, no meio dos mais variados conceitos desenvolvidos pela doutrina, tem-se o entendimento de que o ato administrativo é uma declaração do Estado, que ocorre no exercício de prerrogativas públicas, e é manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei e com a finalidade de obter o seu cumprimento, estando ainda sujeita a controle de legitimidade por órgão jurisdicional (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 389).

De forma complementar a sua definição, entende-se também que os atos podem ser conceituados como resultado da manifestação unilateral da vontade da Administração Pública, tendo a finalidade de adquirir, modificar, resguardar, transferir e extinguir direitos, ou até mesmo, de impor obrigações (MEIRELLES, 2014, p.165).

Entretanto, para que o ato administrativo cumpra o seu essencial papel de controle sobre as atividades da Administração Pública, faz-se mister o cumprimento integral de alguns elementos, que proporcionam a sua completa formação, e tornam-no existente, válido e eficaz.

Conforme disciplina a Lei nº 4.717/65, ao indicar os requisitos que configuram os atos nulos em seu art. 2º, existem cinco elementos formadores dos atos administrativos, sendo eles a competência, a forma, o objeto, o motivo e a finalidade.

Assim, passa-se agora a analisar, como primeiro requisito, a competência administrativa, que pode ser explanada como sendo a legitimidade oferecida ao sujeito que praticará o ato administrativo. Em razão disso, o agente do Estado que executa o ato está amparado pelo elemento do direito privado da capacidade, pois a ele é atribuída de forma idônea a titularidade de relações jurídicas (CARVALHO FILHO, 2008, p. 100-101).

Subsequentemente, ao se analisar a competência de um ato administrativo, faz-se necessário verificar de forma complementar a capacidade da pessoa jurídica que o praticou, assim como observar a existência de óbices à atuação do agente competente no caso concreto, pois não basta que o ato venha a ser praticado por um agente público; este deve ter sua competência prevista em lei e não pode estar impedido por nenhuma razão (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 400-401).

Outrossim, sobre o elemento da forma do ato administrativo, tem-se uma concepção ampla, que inclui não só a exteriorização do ato, mas também as formalidades que necessariamente devem ser observadas durante o seu processo de formação, e os requisitos concernentes a sua publicidade. No direito administrativo, entende-se que a forma é requisito de existência e validade do ato, tendo importância extrema por constituir garantia jurídica ao administrado e à Administração (DI PIETRO, 2014, p. 216-217).

Outro requisito a ser tratado é o objeto. Preceitua a doutrina que este elemento exprime do ato administrativo a sua eficácia jurídica, sendo, portanto, o resultado que é visado pelo ato. Define-se que o objeto sempre será a constituição, declaração, confirmação ou desconstituição de uma relação jurídica (MOREIRA NETO, 2014).

O motivo, por sua vez, é a exigência assinalada e prevista em lei de que a conduta administrativa esteja sempre sustentada moralmente nos pressupostos fáticos. Ou seja, o motivo é a situação de fato ou de direito que torna necessário e autoriza, em consequência, a prática do ato (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 86).

Faz-se necessário esclarecer que o motivo não deve ser confundido com a motivação, pois este segundo se evidencia pela exteriorização formal do primeiro. Ou seja, a motivação dá-

se como uma justificativa do motivo, sendo, dessa forma, a demonstração das razões que causaram o desempenho do ato (JUSTEN FILHO, 2014, p. 405).

Por fim, quando se trata do requisito da finalidade, a doutrina determina o seu estudo sob duas vertentes. Na primeira, ocorre a finalidade genérica, que é o atendimento ao interesse público e a sua supremacia sobre o particular e, na segunda, acontece a finalidade específica, que seria a definição em lei e o estabelecimento de qual deve ser a finalidade para cada ato específico. Assim, por se tratar de uma finalidade codificada legalmente, mesmo que o agente competente esteja buscando o interesse público, ocorre o desvio de finalidade na hipótese de ser violada a sua finalidade específica (CARVALHO, 2016, p. 297).

Sobre os requisitos abordados acima, é de suma importância explicar, que de forma majoritária e pacífica, entende a doutrina que a competência, forma e finalidade são elementos vinculados à lei, não podendo, então, a administração pública se valer deles da forma que bem entender. Por outro lado, o objeto e o motivo seriam revestidos da discricionariedade, tendo em vista que a legislação permite uma margem de autonomia ao agente competente, destinando a ele a possibilidade de praticar o ato com base em critérios de conveniência.

Por esse motivo é que, de acordo com os elementos discutidos previamente, pode-se determinar se a formação do ato administrativo irá enquadrá-lo na classificação de vinculado ou discricionário. Essa classificação baseia-se no critério do grau de liberdade que o agente desfruta para desenvolver o ato.

Dessa forma, tendo em vista que existem restrições a liberdades do agente público, não existe, nesses casos, uma apreciação subjetiva por parte da Administração, pois os atos vinculados não possuem mérito, que é o juízo de oportunidade entrelaçado com a realização do ato, fazendo-se notória a possibilidade de correção judicial nos casos em que o Poder Público vai de confronto ao que foi regulamentado em lei. Isso porque o controle dos atos vinculados evidencia-se por autorizar a fiscalização e contenção da legalidade e legitimidade do ato à Administração Pública e ao Poder Judiciário, averiguando a conformidade deste com a norma que o rege. Em razão disso, o próprio texto legal estabelece a observância a este para execução da finalidade pública (MEIRELLES, 2014, p. 801).

De maneira contrária ao ato vinculado, o ato discricionário, que será mais profundamente estudado nos próximos capítulos, é aquele que oferece para a Administração Pública uma liberdade de atuação dentro dos limites estabelecidos pela lei, oportunizando que, baseada nos critérios da conveniência e oportunidade, seja decidida a melhor forma de convir ao interesse da coletividade (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 434).

Cabe aqui observar que ato discricionário é a expressão que deve ser utilizada nas situações em que se poderia dizer “ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condiciona ou que o compõe” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 18).

Faz-se também necessário elucidar que haverá a conveniência no momento em que o ato importar da melhor forma ao interesse público pretendido. Já no que se refere à oportunidade, esta se dará quando for verificada a existência de uma conjunção apropriada para uma maior satisfação do interesse coletivo (GASPARINI, 2007, p. 98).

Assim sendo, tem como objetivo o trabalho analisar por meio de jurisprudência, doutrina e legislação, se a possibilidade do controle, manutenção e contenção do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário seria uma grave invasão deste poder em competência que não lhe convém, ou, ao contrário, se serviria como um eficaz instrumento para reprimir a manipulação dos critérios do mérito.

3 DISCRICIONARIEDADE E MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

O ato discricionário e seu mérito são temas fundamentais para o artigo, mostrando-se de extrema importância um aprofundamento nas referidas matérias, uma vez que conhecer e entender todos os aspectos do mencionado ato servirá de prévio conhecimento em momento posterior de análise de seu controle pelo Poder Judiciário e suas possibilidades de contenção.

Apesar de toda a divergência doutrinária ainda existente, o controle judicial dos atos que continham a discricionariedade administrativa teve a sua primeira evolução como resposta ao surgimento das teorias do desvio de poder e dos motivos dominantes, visto que, nas situações em que restava caracterizado o desvio do interesse público pela Administração, tornava-se imprescindível a interferência judicial para sanar as irregularidades (BINENBOJM, 2008, p. 3).

Assim, para que se torne de mais fácil compreensão o objetivo final deste trabalho, o corrente capítulo tem o propósito de analisar a discricionariedade e o mérito do ato administrativo discricionário, ao buscar uma assimilação de seus aspectos e ao procurar delimitar os seus limites.

A Administração Pública tem o dever de cumprir a lei, só podendo se valer da discricionariedade quando couber interferência de um juízo subjetivo do agente competente, ou

seja, nas situações em que o pressuposto para a prática do ato está indicado mediante vagos conceitos (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 17-18).

Isso quer dizer que a fonte da discricionariedade é a lei, vindo somente a existir quando são oferecidas brechas pela legalidade ou, ainda, quando a lei expressamente confere à Administração. Assim, a discricionariedade de um ato nunca será total, pois ele está sempre vinculado de alguma forma.

Além disso, com o objetivo de que o Estado conquiste o fim a que se destina o ato, nos casos em que se faz necessário praticar um ato discricionário, a própria Administração também assim deve determinar, levando em consideração que este poder dado aos agentes administrativos é um meio de se conquistar o êxito da finalidade almejada pelo Estado, e busca antes de tudo o benefício do interesse público.

A discricionariedade, então, é o poder de escolha que muitas vezes é conferido pelo próprio texto legal e confere ao agente público competente a liberdade para exercer o juízo de conveniência e oportunidade, desde que dentro dos limites postos em lei e na busca pelo interesse público (CARVALHO, 2016, p. 114).

Ou seja, pode-se dizer que o poder discricionário se evidencia como uma prerrogativa, que dá ao agente administrativo a autonomia necessária para decidir, utilizando-se de certa margem de liberdade, diante do caso concreto, qual a melhor maneira para se atingir o objetivo final da Administração.

A existência da discricionariedade, para uma boa parte da doutrina, pode ser justificada por meio de dois vieses, sendo um critério jurídico e um prático. Para tratar sob o ponto de vista jurídico, utiliza-se a teoria da formação do Direito por Degraus de Kelsen, que considera os vários graus pelos quais se expressa o Direito, entendendo que a cada ato praticado acrescenta-se um elemento não previsto no anterior, vindo a discricionariedade a tornar possível essa acrescência.

Já no que diz respeito ao ponto de vista prático, a discricionariedade é justificada como aspecto fundamental para evitar o automatismo que ocorreria caso os agentes públicos não tivessem função diversa a de aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas. Isso sem falar na impossibilidade que se encontra o legislador em prever todas as situações possíveis que o agente público terá que enfrentar, pois a dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação, a qual se revela incompatível com o procedimento moroso de elaboração das leis (DI PIETRO, 2014, p. 221-222).

Nos casos em que ocorre a formação de um ato vinculado, percebe-se que a lei não deixa, em seu texto vigente, margem para entendimentos subjetivos por parte dos agentes

públicos, não cabendo, portanto, análise sobre o modo de execução do ato, nem de quaisquer dos pressupostos que o compõe. Entretanto, conforme explanado pela doutrina na justificativa prática para a existência da discricionariedade, a lei não conseguirá pensar em todas as situações fáticas possíveis de existir, não podendo, então, determinar a resolução de cada situação provável.

Justamente por esse motivo é que o texto legal irá permitir que o administrador, valendo-se dos limites impostos pela discricionariedade, utilize-se de certa liberdade para decidir, de acordo com os fatos concretos do caso, qual o melhor meio de satisfazer o interesse público (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 435).

Nas situações em que for necessária a utilização da discricionariedade do ato, faz-se imprescindível, em decorrência das imposições do princípio da legalidade administrativa, a previsão legal ou constitucional do dever-poder discricionário, visto que, se este não estabelecer, não tem como se falar no referido poder-dever (FRANÇA, 2000, p. 92).

Amplamente interligado com a discricionariedade do ato administrativo, o mérito do ato consubstancia-se na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, realizadas pela Administração Pública quando autorizado para tal (MEIRELLES, 2014). Pode-se dizer, então, que os critérios da oportunidade e conveniência, avaliados pelo agente administrativo, são os parâmetros que irão constituir o mérito administrativo do ato.

A doutrina ainda entende que mérito é o campo de liberdade admitido no diploma legal, que venha efetivamente a remanescer no caso concreto, para que o agente público se decida entre as soluções admissíveis perante ele, segundo os critérios de conveniência e oportunidade e visando o exato cumprimento da finalidade legal, devido à impossibilidade de ser objetivamente reconhecida pela lei qual das opções seria a única adequada para a solução da situação (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 38).

Dito isto, sabe-se que não há maneira de a Administração Pública dispor com apreciações subjetivas sobre a competência, finalidade e a forma de um ato, ainda que de um ato caracterizado pela atividade discricionária, pois estes elementos serão sempre vinculados, restando, então, somente o motivo e o objeto para a apreciação do agente administrativo competente nos atos discricionários.

Faz-se necessário lembrar, em breve análise, os atos administrativos vinculados, pois eles são passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário e não existe controvérsia em torno do tema. O seu controle evidencia-se por autorizar a fiscalização da legalidade à própria Administração Pública e ao Judiciário.

Em contrapartida, muito se discute sobre a apreciação do mérito dos atos discricionários, tendo na doutrina e nos tribunais ainda muita divergência sobre o assunto. Nota-se que majoritariamente se entende que a análise do mérito do mencionado ato não seria possível, por não se permitir ao Poder Judiciário um aprofundamento em assuntos de competência administrativa.

Entretanto, vale ressaltar que, com a criação da Constituição Federal de 1988, a ideia de não intervenção do judiciário no mérito revestido de discricionariedade vem sendo cada dia mais minorada, uma vez que os princípios constitucionais e o entendimento de boa parte da doutrina vêm determinando que algo que antes parecia ser impróprio, talvez seja, de fato, um mecanismo bastante eficaz para diminuir a maquiagem dos critérios do mérito.

4 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: UMA ANÁLISE ACERCA DE SUA DISCRICIONARIEDADE E MÉRITO

Os atos administrativos, independentemente de revestidos pela discricionariedade, possuem grande complexidade. Assim, faz-se fundamental o estudo dos princípios constitucionais e infraconstitucionais que norteiam o ato e fazem com que exista autonomia no Direito Administrativo, uma vez que a utilização de princípios próprios dessa matéria traz uma relação de coerência, construindo e regulando um sistema jurídico próprio, dentro do ordenamento jurídico brasileiro (FRANÇA, 2000, p. 48).

Os princípios, quando se trata de sua estrutura normativa, apontam normalmente para os estados ideais a serem buscados, sem que, no entanto, o relato da norma descreva de maneira objetiva a conduta a ser seguida. Tal subjetividade faz com que os princípios funcionem como uma instância reflexiva, o que permite que os diversos argumentos e pontos de vista existentes na sociedade ingressem na ordem jurídica e sejam processados segundo a lógica do Direito (BARROSO, 2013, p. 263).

O presente capítulo, então, passa a tratar dos princípios que orientam os atos administrativos, tendo em vista que eles possuem a importante função de dar unidade ao direito administrativo, pelo controle das mais diversas atividades administrativas dos entes que integram a Administração Pública, e ajudando a impedir grandes diferenças entre a real finalidade que deve ser almejada e aquela praticada pelo agente administrativo.

O princípio da Supremacia do Interesse Público talvez seja um dos mais importantes para a Administração Pública, uma vez que essa, em decorrência de sua representação do interesse público, tem legislativamente expresso diversos privilégios. Este princípio é geral do Direito e inerente a todas as sociedades, visto que é a sua própria condição de existência (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 99). Isso porque a primazia do interesse público sobre o interesse privado é algo inerente à atuação estatal, uma vez que a existência do Estado se justifica pela busca incessante de conquistar o interesse coletivo (MEIRELLES, 2014, p. 110).

Além disso, a primazia do interesse público, indiscutivelmente, está presente também no processo de composição da norma e no tempo de execução feito pela Administração, os quais inspiram o legislador à edição das leis de direito público, e também vinculam a Administração Pública ao aplicá-las (DI PIETRO, 2014, p. 65-67).

O princípio acima mencionado é primordial para o correto funcionamento da Administração Pública, uma vez que, para que se concretize a realização do interesse da coletividade e a finalidade do ato administrativo, faz-se fundamental a imperatividade estatal, pois esta transparece a certeza de que o interesse público está incessantemente sendo pretendido e colocado acima de qualquer outro interesse particular. Necessário se faz ressaltar que a própria Constituição Federal de 1988 preceitua que é do povo que emana todo o poder, devendo, portanto, o interesse geral ser constantemente almejado.

Consagrado pela doutrina como um dos dois principais princípios do direito administrativo e de onde decorrem todos os demais, encontra-se o princípio da indisponibilidade que, juntamente com a supremacia do interesse público, ocupa lugar de honra para nortear os atos administrativos. A indisponibilidade nasce do fato de que o interesse público é indisponível, e que o administrador não pode de nenhuma maneira abrir mão desse interesse, servindo também para a limitação da atuação dos agentes públicos e evitando o exercício de atividades que tivessem a intenção de buscar vantagens individuais (CARVALHO, 2016, p. 59-60).

Por esse motivo, entende-se que um ato, vinculado ou discricionário, só pode vir a ser válido e legítimo, no caso de ter, de fato, a sua finalidade alcançada igual àquela que lhe serviu de justificação (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 55). Isso porque, o agente público não pode, independentemente da discricionariedade que lhe é conferida, dispor de interesses públicos.

Em suma, pode-se dizer que o princípio da indisponibilidade do interesse público é aquele que dispõe sobre a impossibilidade da Administração Pública dispor do interesse coletivo, sendo indevida também a renúncia de poderes que a lei lhe conferiu para tal tutela,

uma vez que somente o Estado, como representante da coletividade, poderá autorizar, mediante lei, a sua disponibilidade ou renúncia (MEIRELLES, 2014, p. 110-111).

A legalidade, juntamente com os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, encontra-se prevista no dispositivo constitucional que trata dos princípios administrativos, o art. 37 – que não esgota a totalidade daqueles que norteiam a atividade administrativa, frise-se – pois, preceitua o texto de 1988 que toda a Administração Pública direta e indireta tem a obrigação de obedecer às referidas normas constitucionais.

Entretanto, apesar de toda a importância que os demais princípios citados possuem, faz-se necessário para o presente trabalho se aprofundar na legalidade como princípio, posto que esta se caracteriza pela necessidade de toda atividade estatal estar vinculada a um ordenamento jurídico sistematizado em normas jurídicas efetivamente concretizáveis (FRANÇA, 2000, p. 52).

Complementar ao princípio acima explanado, a moralidade exige a honestidade, lealdade, e boa-fé de conduta dos agentes públicos no exercício de sua função administrativa, exigindo de todos os gestores uma atuação não corrupta na hora de tratar com a coisa de titularidade do Estado. Esta norma tem um conceito jurídico indeterminado e, justamente por isso, a jurisprudência vem entendendo que a sua violação se caracteriza vício de legalidade da atuação administrativa. Entretanto, faz-se necessário uma análise da moralidade como princípio autônomo, uma vez que se torna possível a retirada de um ato administrativo imoral, mesmo que não ocorra uma violação direta à legalidade (CARVALHO, 2016, p. 68-69).

Conforme todo o conteúdo demonstrado nos parágrafos antecedentes, chega-se à conclusão de que é dever do Estado agir com honestidade e integridade em suas relações, pois o ato administrativo é destinado ao interesse público e os seus maiores interessados são aqueles que compõem o povo, sendo eles também os maiores atingidos pelos seus efeitos.

O interesse coletivo é o que deve ser satisfeito na realização de um ato administrativo, pois ele é o que configura a sua finalidade pública. Dito isto, torna-se claro que o fim público sempre deverá ser o maior objetivo da Administração Pública, o que faz com que o não êxito desse fim enseje o desvio de finalidade e torne, como consequência, o ato administrativo, mesmo que discricionário nulo (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 47).

O administrador público também terá o dever de agir em todo momento de forma razoável e proporcional visto que, de forma implícita na Constituição Federal de 1988, está a proibição de excessos por parte do executor do ato. Essa razoabilidade revela-se como instrumento essencial de limitação e controle do ato discricionário, especialmente pelo Poder Judiciário (MEIRELLES, 2014, p. 96-97).

O princípio da razoabilidade é também aplicado ao Direito Administrativo como mais uma das numerosas tentativas de se impor limitações à Discricionariedade Administrativa, o que faz com se amplie o âmbito de apreciação do ato Administrativo pelo Poder Judiciário. E, embora a Lei nº 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade de forma separada, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos do primeiro, pois, para que aquela ocorra, é necessária, antes de tudo, a proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar (DI PIETRO, 2014, p. 80-81).

A motivação é o princípio que se caracteriza pela justificação dos pressupostos fáticos e jurídicos para a execução de um ato, ou seja, existe a obrigação e o dever de se expor os motivos que ensejam a realização de tal ato administrativo, para que se possa executar um ato expedido por comando legal no mundo real (MOREIRA NETO, 2014, p. 163),

Posto isto, também se faz necessário esclarecer que a motivação é da essência do ato, sendo, portanto, um dos requisitos indispensáveis de sua validade. Isso quer dizer que, nas situações em que a motivação *a posteriori* não puder garantir de forma totalmente indubitosa que motivos ulteriormente aduzidos preexistiam e eram suficientes para sua válida produção, ocorrerá a invalidade do ato administrativo (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 104-105).

Após a análise dos princípios constitucionais e infraconstitucionais que norteiam o ato administrativo, chega-se a um ponto crítico do presente trabalho. Agora, faz-se imprescindível a análise e os aprofundamentos em dois artigos constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 preleciona em seu artigo 2º sobre a independência e harmonia dos três poderes da União, que, a saber, são eles o Judiciário, Legislativo e Executivo, tornando, inclusive, essa cláusula como pétrea, uma vez que os três poderes independentes são fundamentais para evitar abusos por qualquer um deles (NOVELINO, 2014, p. 358). Já o artigo 5º, XXXV, menciona diretamente que não deve haver exclusão da apreciação do Poder Judiciário quando houver lesão ou ameaça ao direito, visto que os magistrados são guardiões do correto e ilibado funcionamento da justiça, ocorrendo, então, a inafastabilidade da jurisdição.

O objetivo da separação em três poderes seria tornar possível a acomodação social dos interesses conflitantes que são a base das formas políticas. Sendo assim, pode-se constatar que o trabalho individual de cada um deles só poderia evoluir ao acontecer uma subordinação ao princípio da harmonia por parte de todos. Isso porque o entendimento de diversos doutrinadores é de que a separação não é a divisão do poder uno em si, mas sim das funções que são derivadas deste, fazendo com que a referida tripartição tenha como escopo o controle interno entre as três instâncias, evidenciando-se como formas recíprocas de limitação, fiscalização e contenção (CANOTILHO, 2014, p. 145).

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 leciona em seu inciso XXXV que o juízo não poderá se esquivar da resolução de um litígio que verse sobre direito lesado ou ameaçado; isso quer dizer, então, que ocorre a impossibilidade de se vedar o controle judicial, uma vez que, independentemente da competência do ato ser discricionária, a função judicial se sobrepõe a ela, por buscar uma satisfação do direito coletivo.

Conclui-se, então, que é necessária a harmonia entre todos os poderes, que devem caminhar em conjunto, sempre um regulando o outro, para que se tente impedir que a independência deles crie um poder sem limites e não proporcional, vedando as práticas abusivas de todos eles, inclusive do Judiciário, que não pode intervir de forma ilegítima ou em desencontro com os limites aceitáveis pela ciência jurídica.

5 O PODER JUDICIÁRIO COMO FORMA DE CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

O controle dos atos administrativos discricionários realizado pelo judiciário brasileiro, que é livre de debates ou questionamentos, é aquele que se limita a discutir os aspectos vinculados do ato, ou seja, que verse sobre a legalidade, finalidade ou forma que, como já explicado em capítulos anteriores, são requisitos determinados pela legislação e que não deixam margem para a conveniência do agente público.

O mérito do ato administrativo, por outro lado, é apreciado pelo agente competente para colocá-lo em prática, não cabendo ao Poder Judiciário interferir sem justa fundamentação. O que se tenta debater, e que ainda causa estranheza para alguns, é o quanto é necessária a sua intervenção quando houver falhado o poder público em cumprir o princípio da supremacia do interesse público no mérito de seus atos. Isso porque o juízo de oportunidade não pode e nem deve ser substituído pelo juízo do julgador, visto que a partir do momento que a execução do ato administrativo, mesmo que discricionário, passa a ameaçar a segurança jurídica e os direitos subjetivos, ele deixa de ser intocável (FRANÇA, 2000, p. 175).

Necessário se faz ressaltar que o controle do Poder Judiciário sobre os atos administrativos discricionários ocorre por meio de uma intervenção no processo de realização do direito, visto que os fenômenos executórios saem da alçada do Poder Executivo e devolvem-se ao órgão jurisdicional (FAGUNDES, 1984, p. 91).

Esse controle é essencial para retirar das esferas jurídica e fática um ato que não deveria ter sido praticado, pois da Administração Pública apenas pode-se esperar lisura e comportamento exemplar. O juiz, então, ao observar uma conduta reprovável do executor do ato administrativo, mesmo sendo ele um ato discricionário, é a autoridade competente para evitar arbitrariedades e impedir que estas causem prejuízos à coletividade social.

A teoria do desvio do poder caracteriza-se no momento em que a autoridade administrativa, revestida da competência que lhe é facultada, cumpre um ato com o fim diverso daquele que deveria ser realmente aplicado, fazendo com que a consequência seja um desvio na finalidade legal do ato (LAUBADÉRE, 1970, p. 502).

Em outras palavras, o desvio de poder consiste no manuseamento de um conjunto de poderes procedido de forma a atingir um resultado diferente daquele do qual está outorgada a sua competência, ocorrendo uma violação jurídica do poder legítimo, por utilização da discricionariedade em casos injustificados, visando o atendimento de objetivos diversos dos supostos na investidura do ato (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 57).

Além disso, a doutrina que defende a intervenção do Poder Judiciário nos atos administrativos discricionários entende que a finalidade essencial e característica do controle jurisdicional dos atos administrativos é a proteção do indivíduo face à Administração Pública que, como órgão ativo do Estado, tem várias oportunidades de violar os direitos da coletividade, por erro na aplicação da lei, ou até mesmo pelo abuso e desvio de poder (FAGUNDES, 1984, p. 92).

Então, o agente competente para a prática do ato deve ter em mente que, mesmo nos casos em que lhe for conferida a chamada discricionariedade administrativa, ele deverá agir com o propósito de conquistar unicamente o interesse público, visto que somente dessa forma se terá a certeza de que a finalidade do ato foi respeitada corretamente.

Faz-se imperioso destacar que a doutrina também trata da chamada teoria dos motivos dominantes, que se funda na ponderação de que os atos administrativos, no momento em que tiverem motivada a sua prática, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos, sendo válido ressaltar que até mesmo os atos discricionários ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento (MEIRELLES, 2014, p. 215).

Por este motivo também é que se entende que quando o agente público motivar o ato, este não pode estar em discordância com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, uma vez que, ao ferir a finalidade legal do ato, a justiça não terá outra opção a não ser intervir em favor da manutenção da supremacia do interesse público, e que não fere de nenhuma forma

a cláusula pétrea constitucional que trata sobre a separação dos poderes na República Federativa do Brasil.

Além disso, cumpre esclarecer que, apesar de ser um entendimento bastante polêmico na visão de alguns doutrinadores, é totalmente possível a discricionariedade quanto ao fim do ato, chegando-se à conclusão que o ato não irá perder o seu interesse público; apenas de certo modo a apreciação desse interesse se faz muitas vezes subjetiva (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 435).

Isso quer dizer que, em determinadas situações, pode parecer que o agente administrativo praticou o ato seguindo as exigências do ordenamento jurídico. Porém, a partir de um estudo mais detalhado e esmiuçado, nota-se que houve o desvio da finalidade legal com a lei.

Vale ressaltar que, independentemente de, no caso concreto, o agente ter atuado sem a intenção direta de ir a desencontro com a lei, seu comportamento é reprovável, não porque teve o intuito de desatender a lei, mas sim porque a desatendeu, uma vez que, no Direito Público, independentemente da boa-fé do Administrador Público, sempre que ocorrer uma ilegalidade o ato não pode prosperar (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 73).

Dessa forma, existirá a possibilidade de se enxergar o vício a partir da conferência da compatibilidade entre a finalidade que o ato almeja e o fim a que ele se vincula, devendo o Poder Judiciário atuar nesse meio, revestido sob o manto investigativo que lhe é conferido, e com o objetivo maior de salvar e guardar o direito.

Alguns autores brasileiros, como Maria Sylvia Zanella di Pietro, acreditam que começa a surgir no direito uma forte tendência que busca limitar cada vez mais a discricionariedade administrativa, para então ampliar o controle judicial dos atos. Verifica-se essa propensão com relação às noções imprecisas que o legislador usa em certas ocasiões para designar o motivo e finalidade do ato (DI PIETRO, 2014, p. 230).

Isso porque existem finalidades expostas de forma bastante vaga, imprecisa ou até incongruente pela lei, o que gera uma situação em que o administrador vai avaliar, de forma subjetiva, o processo e o efeito do ato no mundo dos fatos, fazendo com que o judiciário passe a se preocupar se os procedimentos utilizados foram todos baseados nos princípios gerais do direito (LOPES, 2009, p. de internet).

Por outro lado, o mérito do ato administrativo não pode ser maior que o círculo de liberdade indispensável para avaliar o que é conveniente e oportuno à luz da lei, uma vez que, ao extrapolar essa liberdade, ocorre a mácula do ato administrativo. Sendo assim, nos casos em

que ficar comprovada essa extrapolação, o ato será ilegítimo e o Poder Judiciário deverá fulminá-lo (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 82-83).

Não se pretende militar pela tese que embasa indevidas substituições do juízo do Poder Judiciário pelo juízo do administrador. Pelo contrário, a partir de tais excertos doutrinários, faz-se possível inferir que ao Judiciário só é dado intervir na esfera de discricionariedade do ato prolatado pela Administração em situações em que o uso da competência discricionária finde em condutas administrativas contrárias ao ordenamento jurídico.

Nesse cenário, importa analisar o processo de aceitação do controle da competência discricionária de atos administrativos pelos tribunais pátrios, os quais, em algumas oportunidades, decidiram ser possível a apreciação do mérito pelo Judiciário, visto que, apesar de ser tema controverso na visão doutrinária, os fundamentos para sua aceitação são diversos e imprescindíveis para a concretização da supremacia do interesse público em algumas situações.

O Supremo Tribunal Federal se posicionou a favor do controle judicial, visto que entendeu que o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consoante artigo 5º, XXXV, da atual Constituição Federal de 1988, era de máxima importância para que ocorresse a garantia do interesse coletivo nos casos de extrapolação dos limites da discricionariedade, isso porque, entendeu que o exame da discricionariedade dos atos administrativos é indispensável para a verificação de sua regularidade em relação aos requisitos do motivo e finalidade.³

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, julgou no sentido de admitir o controle do mérito administrativo pelo judiciário, e a conseqüente intervenção do Poder Judiciário no mérito dos atos administrativos discricionários, justificando seu entendimento pela ilegalidade que ocorre no momento da extrapolação dos limites do ato, uma vez que a Administração Pública não pode agir contrariamente ao princípio da razoabilidade, mesmo no uso da discricionariedade admitida legalmente.⁴

É dizer, portanto, que no mesmo sentido da ideia aqui construída se põe o entendimento desses dois tribunais de abrangência nacional, que é justamente o de permitir a inserção da atividade jurisdicional na correção de comportamentos antijurídicos decorrentes do exercício da competência discricionária pela Administração Pública. Este artigo não fecha os olhos para as intervenções indevidas, pelo Poder Judiciário, no âmbito de atuação da

³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 505439. 2º Turma. Rel. Ministro Eros Grau. Julgado em: 28 ago. 2008.

⁴SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 778648. 2º Turma. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em: 01 dez. 2008.

Administração Pública, porém aponta pela impossibilidade de se manter na ordem jurídica ato administrativo discricionário que viole outras normas existentes no ordenamento.

Posto isto, chega-se à conclusão que compete ao Poder Judiciário intervir quando a atividade jurisdicional for indispensável para sanar contradições e irregularidades nas ações do Poder Público, devendo essa intervenção ser justificada e condicionada ao que determina e permite o ordenamento jurídico em vigor (FRANÇA, 2000, p. 118).

Dessa forma, passa-se a entender que o controle do ato administrativo discricionário se torna possível quando este atuar fora dos limites legais, ultrapassando os limites da discricionariedade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do artigo buscou-se demonstrar as conceituações, explicações e entendimentos necessários para que, ao final, tivesse sido construída uma base sólida e com significativas referências, que servisse de embasamento para o que se pretendeu defender.

Foram explanados ao longo dos capítulos os pressupostos dos atos administrativos, o mérito dos atos discricionários, os princípios que regem o direito administrativo no ordenamento jurídico pátrio e, por fim, a forma que ocorre o controle dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário.

Ao final do segundo capítulo, restou demonstrada a importância do ato administrativo, assim como todos os pressupostos e requisitos necessários para a sua formação. Ademais, iniciou-se a traçar o entendimento de que o controle, contenção e manutenção do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário poderia ser um importante instrumento para reprimir a manipulação dos critérios do mérito.

No terceiro capítulo, tentou-se demonstrar todas as peculiaridades referentes a discricionariedade e mérito do ato administrativo discricionário, debruçando-se sobre a questão da conveniência e oportunidade que é ofertada ao agente público competente para a prática do ato e entendendo, conseqüentemente, que não se pode ultrapassar os seus limites e nem desviar a finalidade do ato, implicando na quebra da supremacia do interesse público.

Com isso, o trabalho não poderia seguir rumo diverso ao de que é necessária a intervenção do Poder Judiciário, não somente quando ocorrer a ilegalidade do ato, mas também

no que versar à injusta composição de seu mérito, devendo o magistrado servir de guardião dos interesses coletivos e a sua sobreposição a qualquer interesse particular.

Seguindo esse entendimento já formado, no capítulo seguinte esmiuçou-se os principais princípios constitucionais e infraconstitucionais que regem o direito administrativo e, conseqüentemente, também os seus atos. Em decorrência disso, ficou demonstrada, mais uma vez, a impossibilidade de a Administração Pública alterar a finalidade do ato alegando a oportunidade e conveniência do agente público, e corroborando com a tese de que, não só é possível, como também é necessário o controle judicial do mérito dos atos discricionários.

Iniciou-se então, no capítulo cinco, a explanação dos principais entendimentos doutrinários, jurisprudenciais e constitucionais que versassem sobre a admissibilidade do controle judicial do mérito administrativo. Assim, após a análise de julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, restou demonstrado que a partir do momento em que a Administração Pública agir de forma contrária aos princípios norteadores dos atos administrativos, da administração pública e do direito administrativo, necessária se faz a intervenção judicial.

Dessa forma, o presente trabalho entendeu ser possível a atuação do magistrado nos casos em que o desvio de poder se faz visível, uma vez que o judiciário brasileiro deve ser guardião dos direitos e garantias coletivos e imprescindíveis para todos os cidadãos. Além disso, restou demonstrado, ao longo do texto, que o controle dos atos administrativos discricionários se torna possível em todos os casos em que a Administração Pública atuar fora dos limites legais, ultrapassando os limites da discricionariedade e de sua oportunidade e conveniência.

Necessário se faz esclarecer que é indispensável encontrar um equilíbrio para que essa apreciação judicial ocorra de forma correta, comedida e razoável, visto que, na realidade, ainda encontramos duas situações contrárias, mas ineficientes da mesma forma. De um lado, alguns magistrados permanecem inertes diante de extrapolações que ocorrem no mérito do ato discricionário por terem a visão de que somente pode ocorrer interferência judicial quando ocorrer ilegalidade no ato administrativo.

Em contrapartida, também é fácil encontrar juízes que apreciem as decisões da Administração Pública com a finalidade de mudar aquilo que os desagrada, mesmo que o mérito administrativo esteja de acordo com os critérios de oportunidade e conveniência oferecidos ao agente público competente no momento de sua prática.

Assim, torna-se de suma importância ressaltar que não se defende um controle de mérito total e injustificado pelo Poder Judiciário, tendo em vista que, quando esse controle ilegítimo ocorre, estamos diante de um poder que tenta sua sobreposição ao outro.

O que se defende e que se tentou demonstrar é a necessidade de uma intervenção judicial em casos que não versem somente sobre a ilegalidade do ato administrativo, mas também quando ocorrer a superação dos limites da discricionariedade do ato.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 13, p. 1-44, mar./mai., 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C70-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Matheus Vianna de. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. Salvador: JusPodivm. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2014.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1984.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LAUBADÉRE, André de. **Traité Élémentaire de Droit Administratif**. 5. ed. Paris: L.G.D.F., 1970.

LOPES, Marcelo Netto de Moura. **Controle dos Atos Administrativos Discricionários da Administração Pública**. Tese (Pós-graduação em Ordem Jurídica e Ministério Público) – Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT), Brasília, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

JUDICIAL MERIT REVIEW OF ADMINISTRATIVE ACTS: AN ANALYSIS OF THE LIMITS OF THE PUBLIC OFFICIAL DISCRETIONARY POWER ON ADMINISTRATIVE ACTS

ABSTRACT

The article seeks to clarify the notion of administrative act and to discuss the peculiarities of the discretionary act and its merit. It is, based on the legislative, constitutional, jurisprudential and doctrinal study on the possibility of the review about the merit of the administrative act by the Judiciary. It is discussed the limit of discretionary power for the public official. It concludes that judicial review is necessary whenever the principles governing the acts are disregarded by acts practiced beyond the boundary of discretionary power.

Keywords: Administrative act. Jurisdictional control. Discretionary acts merit. Discretionary of the public agent. Principles of administrative law.